

1712  
1712



1012  
10004



REGIMEN DE GUARDAS EN EL DERECHO COLOMBIANO

SILVIA TERESA ALARCON BLANCO

JOSE EUSEBIO SALAS CABALLERO

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

" SIMON BOLIVAR "

FACULTAD DE DERECHO

1.994

REGIMEN DE GUARDAS EN EL DERECHO COLOMBIANO

SILVIA TERESA ALARCON BLANCO

JOSE EUSEBIO SALAS CABALLERO

Trabajo de Grado presentado como  
requisito parcial para optar al título  
de Abogado.

BARRANQUILLA

CORPORACION EDUCATIVA MAYOR DEL DESARROLLO

" SIMON BOLIVAR "

FACULTAD DE DERECHO

1 .994

Barranquilla , Septiembre 28 de 1 .994

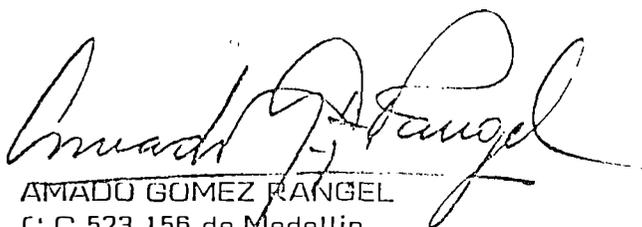
Doctor  
CARLOS DANIEL LLANOS S.  
Decano de la Facultad de Derecho  
Universidad Simón Bolívar  
E . S. D.

Respetado Decano y amigo :

Habiéndose desarrollado y corregido el trabajo de investigación jurídica denominado " REGIMEN DE GUARDAS EN EL DERECHO COLOMBIANO " por los egresados SILVIA TERESA ALARCON BLANCO y JOSE EUSEBIO SALAS CABALLERO , por medio de la presente me permito - dar concepto favorable porque en su elaboración se realizó una investigación satisfactoria con el fin de conocer el tema y dominar la lexicografía utilizada , observándose las exigencias para esta labor .

Una vez más expreso sinceramente mis agradecimientos a usted - por mi designación como asesor.

De usted , con todo respeto.

  
AMADO GOMEZ RANGEL  
C.C.523.156 de Medellín  
T.P. 29.604 de Minjusticia

Nota de Aceptación

---

---

---

---

---

Presidente del Jurado

---

Jurado

---

Jurado

## DEDICATORIA

Dedico esta tesis con todo cariño a todos mis amigos y familiares, en especial a mis queridos padres JOSÉ E. SALAS CABALLERO y ZORAIDA E. CABALLERO ARIZA, a mi hijo ENDIR, mis hermanas LETICIA y DAMELYS, mi sobrina RINA y finalmente a mi querida compañera quien siempre ha sido como una madre para mí, adoptando una posición decidida, presta a brindarme toda la colaboración y sacrificio en aras de que un hombre lleno de esperanzas, de metas forjadas, alcanzara sus objetivos.

## AGRADECIMIENTOS

Doy gracias a Dios sobre todas las cosas, ya que sin su apoyo, su guía hubiera sido imposible salir airante, sobre todo teniendo en cuenta las bicicitudes que me ocurrieron durante el período académico, las cuales pude superar gracias a esa fé que le profeso y, por haber sido escuchado mis ruegos por parte de él.

A la UNIVERSIDAD SIMON BOLIVAR, y a su cuerpo docente por haberme aceptado en su seno, por el cumulo de conocimientos adquiridos de los cuales me siento orgulloso, porque si de algo estoy seguro es que puedo gritar a viva voz, que soy un profesional del derecho como lo manda la ley, es debido a los lineamientos de la CORPORACION EDUCATIVA DEL DESARROLLO MAYOR SIMON BOLIVAR, no menos podría olvidar a todos y cada uno de mis compañeros que durante semestre a semestre, siempre encontré una voz de aliento y espíritu de colaboración, contribuyendo con ello al logre obtenido durante todo el período lectivo, muy especialmente al hoy en día JAIRO BERNATE GARCIA, el cual sin querer ofender a mi querido padre en la Universidad lo consideré como tal.

A mis compañeros de trabajo, concretamente a los Bomberos Aereo náuticos, los que en todo momento no cesaron de brindarme su apoyo, que me permitió aunar mis logros y de esa manera alcanzar el logro de mis objetivos, pero dentro de ellos de manera muy especial a los señores ZEICER ENRIQUE MARTINEZ MARRIAGA y JAVIER VARGAS CERA, los que no escatimaron esfuerzo alguno en brindarme toda la colaboración necesaria en forma desinteresada, con el único propósito de ayudar a un hombre a escalar los obstáculos necesarios para el logro de unas de sus metas trazadas como es el de recibirme como profesional del derecho ( ABOGADO ).

## TABLA DE CONTENIO

	Pág.
0 . INTRODUCCION	1
0 . 1 . PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	3
0 . 2 . IMPORTANCIA Y JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION	4
0 . 3 . OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION	4
0 . 3 . 1 . Objetivo General	4
0 . 3 . 2 . Objetivos Específicos	5
0 . 4 . DELIMITACIONES DE LA INVESTIGACION	5
0 . 4 . 1 . Delimitación Temporal	5
0 . 4 . 2 . Delimitación Especial	5
0 . 5 . METODOLOGIA	6
0 . 5 . 1 . Método y Tipo de Estudio	6
0 . 5 . 2 . Técnicas Utilizadas	6
0 . 6 . MARCO TEORICO	6
0 . 7 . MARCO CONCEPTUAL	8
0 . 8 . HIPOTESIS	9
0 . 8 . 1 . Hipótesis General	9
0 . 8 . 2 . Hipótesis Específicas	9
1 . REGIMEN DE GUARDAS EN EL DERECHO COLOMBIANO	10

	Pág.
2. LAS GUARDAS	12
2.1. ANTECEDENTES HISTORICOS	14
3. NATURALEZA JURIDICA Y CARACTERISTICAS	19
3.1. SUJETOS DE LAS GUARDAS	21
3.1.1. Debe ser una persona natural	21
3.1.2. Debe ser mayor de edad	22
3.1.3. El sexo es indiferente para la designación del curador	22
4. CLASIFICACION DE LAS GUARDAS	24
4.1. TUTELAS Y CURATELAS O CURADURIAS	24
4.2. GUARDAS GENERALES, ADJUNTAS, DE BIENES Y ESPECIALES	26
4.3. CURADURIAS ESPECIALES	27
5. GUARDAS POR SU ORIGEN	28
5.1. GUARDA TESTAMENTARIA	28
5.2. GUARDA LEGITIMA	32
5.3. TUTELA O GUARDA DATIVA	35
6. EJERCICIO DE LAS GUARDAS Y GESTION DE LOS GUARDADORES	37
6.1. PRESTACION DE FIANZA O CAUCION	37
6.2. EL DISCERNAMIENTO DEL CARGO	39
6.3. CONFECCION DE UN INVENTARIO	40
6.4. PRESENTACION DE LA PERSONA DEL PUPILO	41
6.5. ADMINISTRACION DE LOS BIENES	42
6.6. RESPONSABILIDAD DE LOS GUARDADORES	44
6.7. TENEDURIA Y RENDICION DE CUENTAS	46
CONCLUSIONES	47
BIBLIOGRAFIA	48

## 0 . INTRODUCCION

Las personas incapaces requieren de la protección de la sociedad y el Estado , es la razón en que se fundamenta las instituciones de las tutelas y curadurías.

Son instituciones de interés social y las leyes que las reglamentan son de orden público , que los particulares no pueden modificar o derogar , porque se refieren al estado de las personas , al gobierno de las familias y a la conservación del patrimonio.

Es preocupación constante del legislador velar por los intereses de las personas incapaces , aquellos que no se encuentran bajo la patria potestad , por lo que los provee de un tutor o un curador para que actúe a nombre de ellos en el ejercicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones.

Con las leyes sobre guardas se persigue , ante todo , la protección de la persona y los bienes de los incapaces.

El autor en este trabajo de investigación estudia el régimen de guardas en el derecho colombiano , con el establecimiento de sus características y naturaleza jurídica , los sujetos que intervienen en su institución , las clases de guardas que pueden darse , la forma como se lleva a cabo su gestión , y la curaduría del menor, del disipador , del demente y del sordomudo.

## 0. 1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

El legislador al instaurar un régimen de guardas busca esencialmente proteger la persona y el patrimonio de la persona incapaz.

Por ser normas de carácter social y de orden público son de estricto y obligatorio cumplimiento , una vez se ha acogido a ellas no es posible modificarlas o derogarlas particularmente . La persona incapaz queda bajo su imperio y protección hasta que su incapacidad lo requiera , las circunstancias que la originaron varían , o indefinidamente.

Así también para las personas que ejercen las tutelas y curadurías éstos son cargos impuestos , de los cuales sólo pueden excusarse de su ejercicio por las causas que expresamente señala la ley para dichos casos.

Por lo anterior , entonces :

¿El régimen de guardas en el Derecho Colombiano es tan riguroso que el tutor o el curador tienen tanto poder como un dicta-

dor?

¿Son las tutelas y curadurías las instituciones indicadas para proteger debidamente la persona y los bienes de las personas incapaces?

¿La relación entre el guardador y el pupilo de tan estrecha dependencia de uno al otro termina siendo beneficioso para el pupilo?

## 0.2. IMPORTANCIA Y JUSTIFICACION DE LA INVESTIGACION

Debido al carácter de las normas referentes a las guardas y al estricto ejercicio de su gestión es importante una investigación que minuciosamente estudie su estructura, y que detalladamente explique el funcionamiento de las tutelas y las curadurías.

El trabajo de investigación se justifica por el interés que despertó en el autor las instituciones dirigidas a la protección de las personas que no se encuentran bajo la patria potestad pero que requieren de la dirección, cuidados y consejos de personas capaces de protegerlas y guiarlas, las consecuencias que se generan de esa interrelación dependiente entre guardador y pupilo.

## 0.3. OBJETIVOS DE LA INVESTIGACION

0.3.1. Objetivo General. Analizar y diferenciar las clases de guardas que conforman el régimen en el derecho colombiano.

### 0.3.2. Objetivos Específicos :

- Evaluar las diferentes condiciones y requisitos que se deben presentar para que se decrete el establecimiento de una tutela o una curaduría .
- Describir y explicar el ejercicio de la gestión de los tutores y curadores .
- Establecer los efectos de la interrelación dependiente entre el guardador y su pupilo.

### 0.4. DELIMITACIONES DE LA INVESTIGACION

0.4.1. Delimitación Temporal . El trabajo de investigación se desarrollará sobre normas civiles que rigen las guardas , contempladas en el Código Civil Colombiano vigente.

0.4.2. Delimitación Espacial . La investigación tiene aplicación en el área del Derecho Civil específicamente en la materia de guardas , con especial atención a las normas que rigen las tutelas y las curadurías en el Derecho Colombiano.

## 0.5. METODOLOGIA

0.5.1. Método y Tipo de Estudio . El trabajo de investigación se desarrollará por medio de un método analítico , que comprenderá la descripción , el análisis y la interpretación de normas reales . El enfoque se hace sobre normas vigentes y conceptos dominantes.

Se llevará a cabo un tipo de estudio que partirá de lo que existe y llegará a conclusiones que puedan ayudar a solucionar la problemática planteada.

0.5.2. Técnicas Utilizadas . Para la obtención de datos e información necesarios , se utilizarán entre otras las siguientes técnicas :

- Información bibliografica
- Información jurisprudencial
- Información doctrinal

## 0.6. MARCO TEORICO

El Código Civil Colombiano en su Art. 428 dice :

Las tutelas y las curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no

pueden dirigirse así mismos, o administrar competentemente sus negocios, y que no se hallen bajo potestad de padre o marido, que pueda darles la protección debida.

Las personas que ejercen estos cargos se llaman tutores o curadores, y generalmente guardadores. (1)

La Jurisprudencia anota:

5. En orden a velar por los intereses de los incapaces el legislador creó la representación legal a virtud de la cual coloca unos sujetos al cuidado de ciertas personas, a las que inviste de atribución para actuar en su nombre y de vincularlos en los efectos que de esos actos se derivan, como si hubieran contratado por ellos mismos. (2)

En la misma sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se aprecia...

7. Como ya se ha dicho, las guardas se han establecido con el fin de proteger los intereses del pupilo. En este objetivo se proyectan todas las disposiciones legales que regulan la materia.

Así, para asegurar los resultados de la administración exige la ley, como norma general, que todo tutor o curador para ejercer el cargo debe cumplir previamente las siguientes tres formalidades: a) Otorgamiento de caución; b) Obtener el discernimiento; y c) Hacer inventaria solemne de los bienes del pupilo. Surtidas estas exigencias nacen para el guardador sus atribuciones propias, entre las cuales están la representación del incapaz y la administración de sus bienes. (3)

<sup>1</sup> CODIGO CIVIL COLOMBIANO Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA. Legis Editores S.A. 1a. Edición, Bogotá, 1.986.

<sup>2</sup> Ob. Cit. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL SENT. Sep.5/72.

<sup>3</sup> Ob. Cit. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. SALA DE CASACION CIVIL.

Respecto a la naturaleza de las normas sobre las guardas:

Cuando los jueces y magistrados apliquen las leyes sobre guardas deben interpretarlas teniendo en cuenta que con ellas se persigue, ante todo, la protección de la persona y bienes de los incapaces; tal es la razón de ser de aquel principio e interpretativo, el cual, si se llegare a presentar un conflicto entre los intereses del guardador y el pupilo, deberá siempre preferirse a los de éstos.[4]

La guarda y la patria potestad no son instituciones iguales.

Los padres de familia defienden y representan a sus hijos en función de la autoridad que les compete por naturaleza y que la ley se encarga de sancionar; por ello la custodia de los hijos no es en los padres sino en función derivada de su autoridad. Esta función en el curador es más limitada.

El guardador, por el contrario, no ejerce sobre los bienes administrativos una verdadera autoridad inherente a su persona, sino que sólo cumple una misión que la ley o la voluntad del juez le confían.[5]

## 0.7. MARCO CONCEPTUAL

**INCAPAZ:** Persona que no puede dirigirse a sí mismo o administrar competentemente sus negocios.

**GUARDA:** Son cargos impuestos a ciertas personas a favor de aquellos que no pueden dirigirse así mismo o administrar competente-

<sup>4</sup> SUAREZ FRANCO, Roberto. Derecho de Familia. Editorial Temis S.A. Santa Fé de Bobotá-Colombia. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia nov.5 /72

<sup>5</sup> Ob Cit.

sus negocios y que no se hallen bajo la potestad de padre o marido, que pueda darles la debida protección.

TUTELA : Guarda que se les brinda a los pubres incapaces.

## 0.8. HIPOTESIS

0.8.1. Hipótesis General. El régimen de guardas en el Derecho Colombiano es riguroso donde el tutor o curador tienen un amplio poder controlado por la ley, razón por la cual no se convierte en un dictador.

0.8.2. Hipótesis Específicas: Aunque la tutela y la curaduría conllevan en su ejercicio muchos vacíos, son dos instituciones eficaces para la protección de la persona y los bienes de los incapaces.

La relación entre el guardador y el pupilo siempre debe buscar primordialmente el beneficio de este último, y conseguir finalmente la superación de la incapacidad de ser posible.

## 1 . REGIMEN DE GUARDAS EN EL DERECHO COLOMBIANO

La guarda o tutela es una institución jurídica destinada a suplir las deficiencias en la capacidad de obrar por parte de las personas no sometidas a la patria potestad.

En el Derecho actual toda persona , por el hecho de serlo , deviene sujeto de derechos y obligaciones pero muchas de ellas carecen , total o parcialmente de la capacidad de ejercitar o la posibilidad de actuar por sí mismas estos derechos y obligaciones de los que son titulares ; para los que se encuentran en estos supuestos es preciso arbitrar soluciones jurídicas , de tal manera que si el derecho es quien les priva de facultades de obrar sea ese mismo derecho quien los provea de las personas u órganos que actúen u obren por ellos y para ellos.

Mientras el incapaz se encuentra sometido a la autoridad del padre o patria potestad , estas funciones forman parte integrante del complejo de atribuciones y obligaciones que tal patria potestad encierra , pero cuando ésta se extingue es preciso acudir a otro remedio, el de la tutela.

Hoy se contempla ésta como una institución de guarda o protección del pupilo y el tutor no suele percibir ventajas económicas, actuales o futuras, por su gestión. La delación de la guarda suele reconocer tres fuentes que son la voluntad de los particulares, la ley, y la autoridad, que dan lugar respectivamente a la guarda testamentaria, guarda legítima, y guarda dativa. Se concede la facultad de nombrar tutor por testamento a aquellas personas que venían desempeñando la patria potestad, y en algunas legislaciones a las que han demostrado hacia los incapaces un especial cariño e interés. La guarda legítima se da cuando falta designación testamentaria, mediante un orden de llamamientos establecidos por la ley en atención a las distintas causas motivadoras de la incapacidad. La guarda dativa, a falta de las dos anteriores, se constituye por designación de la autoridad, generalmente judicial, de aquellas personas que a su juicio resulten más idóneas para el desempeño de estas funciones.

## 2. LAS GUARDAS

La Sociedad y el Estado deben velar por el cuidado y la protección de los incapaces; por su propia necesidad el hombre mientras no haya adquirido madurez suficiente para gobernar sus intereses y su conducta debe ser confiada a la dirección, cuidados y consejos de personas capaces de protegerlo y servirle de guía; la ley debe velar por su educación y por sus intereses, este es el fundamento de las tutelas y las curadurías.

Dentro de la vida jurídica existen personas incapaces y es preocupación constante del legislador velar por los intereses de estas personas y la manera más eficaz de hacerlo es dando a cada uno representante legal a fin de subsanar la incapacidad; así tenemos que el padre o la madre representa al hijo de familia, el adoptante al adoptador menor.

Pero existen personas incapaces que al no hallarse bajo la patria potestad carecen de un representante legal, tal es el motivo por el cual el legislador no ha podido menos de proveerlos de un tutor o curador para que actué a nombre de ellos en el ejer-

cicio de sus derechos o el cumplimiento de sus obligaciones.

Las tutelas y las curadurías son instituciones de interés social y las leyes que las reglamentan son de orden público que los particulares no pueden derogar, porque se refieren al estado de las personas, al gobierno de las familias y a la conservación del patrimonio. Cuando los jueces y magistrados apliquen las leyes sobre guardas deben interpretarlas teniendo en cuenta que con ellas se persigue, ante todo, la protección de la persona y bienes de los incapaces, tal es la razón de ser del principio imperativo que ante un conflicto entre los intereses del guardador y del pupilo, deberá preferirse siempre a los de este último.

El término "tutela" proviene de la expresión latina "tueri" que significa "defender" o "proteger"; la palabra "curaduría" remanda su origen etimológico al vocablo "curatio" que equivale a decir "cuidado".

El Código Civil Colombiano en el Artículo 428 al intentar definir las guardas dispone que las tutelas, y curadurías o curatelas son cargos impuestos a ciertas personas en favor de aquellos que no pueden dirigirse por sí mismos, o administrar competentemente sus negocios y que no están bajo potestad del padre o madre que pueda darles protección.

## 2.1. ANTECEDENTES HISTORICOS

La tutela tuvo como finalidad propia y específica en el Derecho Romano complementar la capacidad de quien sin ser absolutamente inhábil para obrar era incapaz de ejecutar ciertos actos, y se traducía en el ejercicio de dos funciones fundamentales que eran gestionar o administrar los negocios del pupilo, y autorizar los actos ejecutados por éste. En ejercicio de la primera función denominada comúnmente la gestión, el pupilo no intervenía; por el contrario cuando actuaba en razón de la segunda, " la auctoritas ", era el pupilo quien se comprometía, pero claro está, representado por su tutor. La gestión conducía a la responsabilidad directa del tutor, en " la auctoritas " la responsabilidad se desplazaba a la persona del pupilo. La tutela terminaba cuando el pupilo varón llegaba a la edad de la pubertad.

En el Siglo VI se expidió " La Ley Lectoria " que fijó la mayoría de edad a los veinticinco años; en ella se permitía al menor solicitar la designación de un curador especial que autorizara la celebración de ciertos y determinados negocios jurídicos, previa justificación de la incapacidad.

A partir de Marco Aurelio la institución de la curaduría adquirió un contenido más amplio, el curador podía ser general a instancia o solicitud de su pupilo; fué así como la curaduría adquirió caracteres semejantes a los que hoy la regulan en nuestro Derecho. Todo ello se

MC

hizo más ostensible a partir de Justiniano , pero conservando siempre al menor la iniciativa de solicitar la designación de curador , quien gozaba de las funciones asignadas a la gestión , pero " el consenso " del curador difería de " la auctoritas " del tutor por cuanto éste no tenía que completar la persona del adulto cuya capacidad para el acto era reconocida por la ley y por lo mismo el curador no necesita asistir a la operación , y como su consentimiento no formaba parte integrante del acto , podía ser dado con anterioridad o " ex post factum " . Las mujeres que no se hallaban bajo " la manus " del marido o del " pater familias " en virtud de la patria potestad o la potestad marital estaban sometidas a tutela ; ésta fue desapareciendo paulatinamente hasta no encontrarse vestigios de ella . A partir de Justiniano " La Lex Papia Papea " dispensó a la mujer casada de la tutela siempre y cuando hubiese dado a luz tres o más hijos .

En España la institución de la tutela fue concebida de manera semejante al Derecho Romano , el hijo de familia permanecía bajo patria potestad hasta los veinte años cuando llegaba a la mayoría de edad , pero si perdía a sus padres antes de cumplir quince años quedaba sometida a tutela la cual era ejercida en primer término por sus hermanos , a falta de ellos por los tíos paternos o por los hijos de éstos , en caso de no existir tutor por línea paterna , el juez lo designaba , esta situación conservada en varios fueros municipales se mantuvo en el Fuero Real y en el Fuero Juzgo . Las Siete Partidas cuya vigencia se extendió hasta las colonias españolas particularmente en la Nueva Granada hasta bien entrado el siglo XIX , se

distinguió entre tutores y curadores. La tutela fue institución establecida en beneficio de impúber quien debía aceptarla aún en contra de su voluntad; la curaduría participaba más especialmente de la naturaleza de los curadores de bienes, su titular podía ejercerla por expresa autorización del menor, salvo casos especiales en que sus intereses se hallen seriamente comprometidos. Las curadurías se extendieron a incapaces distintos de los menores de edad, como los dementes, los idiotas y los sordomudos. Los impuberes no infantes podían obrar directamente en ciertos actos por conducto de otra persona, pero siempre mediante autorización del tutor.

En Francia las provincias que adoptaron el derecho escrito siguieron el sistema romano; las que acogieron el derecho consuetudinario no distinguieron entre los menores adultos e impuberes; la tutela se prolongaba hasta que el menor llegaba a la mayoría de edad a los veinticinco años. Existe una institución particular denominada "la guarda noble" reservada a los incapaces de nobles y en virtud de ella el cónyuge sobreviviente tenía derecho a gobernar con autoridad la persona de los hijos menores habidos en su matrimonio, a administrar los bienes que habían correspondido a dichos menores en la sucesión del cónyuge fallecido y los que podían adquirir por otra causa, percibiendo en provecho propio la renta de dichos bienes hasta que los menores llegaban a cierta edad bajo determinadas cargas; a falta de padre o madre sobreviviente eran llamados al ejercicio de esta guarda el abuelo y otros ascendientes.

de la línea del padre o de la madre premuerto, la guarda terminaba con la mayoría de edad del pupilo. En el derecho nacional-francés no existía la curaduría general de los púberes menores de veinticinco años, sino una sola especie de guarda que era la tutela, se conocía también la curaduría pero para los mayores de edad o emancipados dementes, o disipadores, o para aquellos a quienes un defecto corporal les impedía administrar sus bienes como los sordomudos.

Los redactores del Código de Napoleón reglamentaron la institución de las guardas sobre varios de los postulados en que descansaron en el derecho escrito y en el derecho consuetudinario, fijaron la mayoría de edad en veintiun años, la tutela se conservó como guarda única para los menores de edad no importaba que fuesen adultos o impúberes; la curaduría sólo fue admitida para casos de incapacidad distintos a los de la edad; se establecieron las tutelas legítimas, testamentarias y dativas fijando como criterio para proveerlas la afeción proveniente del parentesco; se creó el protutor y el consejo de familia.

El legislador chileno a pesar de conocer minuciosamente el sistema de guardas impuesto en Inglaterra y las innovaciones y reformas introducidas al sistema romano por los legisladores español y francés, se mantuvo fiel a las doctrinas romanas, y admitió la clasificación de la tutela en curadurías generales, curadurías de bienes, curadurías ad-

juntas y curadurías especiales o ad hoc que estaban en uso , todo en razón que el señor Bello siguió a los autores clásicos sobre la materia .

### 3. NATURALEZA JURIDICA Y CARACTERISTICAS

Como se anotó anteriormente, las tutelas, curadurías y curatelas al tenor del Artículo 428 del Código Civil son cargos impuestos a ciertas personas siempre en beneficio de personas incapaces como el de mente, el disipador, sordomudo que no puede hacerse entender.

Las guardas como instituciones de Derecho tienen ciertas características peculiares que las individualizan, y de acuerdo a la definición que trae el Código Civil esas características son.

Las guardas son cargos de forzosa aceptación porque quien es designado para su ejercicio no puede sustraerse voluntariamente de su obligación sin que medie justificación legal expresa, llamada esta incapacidad excusa.

Las guardas han sido creadas en favor de los incapaces, punto en el cual se diferencian del Derecho Romano porque en éste la institución de la guarda obedecía a conservar intacto el patrimonio familiar, actualmente en Colombia tiene como finalidad proteger los derechos de los incapaces, quienes al no estar en condiciones de administrar compe

tentemente sus negocios requieren los servicios de otras personas - que lo haga en su nombre .

Las guardas tienen por objetivo específico administrar los negocios - del pupilo con lo cual el legislador ha querido fijar una especie de filosofía al guardador quien debe emplear toda la diligencia y cuidado indispensable para conservar íntegro el patrimonio del pupilo y obtener los mejores rendimientos , procurando ante todo el bienestar - del incapaz . en lo moral , intelectual y físico.

3  
Son instituciones de tipo personal-patrimonial por cuanto son cargos impuestos en favor de ciertas personas incapaces , la tutela y las - curadurías generales se extienden no solo a los bienes sino a la persona de los sometidos a ella , excepcionalmente la guarda se extiende exclusivamente a los bienes en los casos contemplados por - la ley que son el de los bienes de ausente , el de la herencia - yacente y el de la criatura que está por nacer .

Dichas instituciones son de orden público por la naturaleza imperativa de sus normas , además de su innegable influencia dentro del régimen familiar de la nación y consecuentemente redundan en pro del orden social ; aunque hay quienes opinan que la guarda es una institución de derecho privado , organizada por la ley teniendo en cuenta intereses particulares y no el interés del Estado : particularmente

no opone a esta opinión por que el interés del sustituto en la tutela y curaduría

La guarda general es incompatible con la patria potestad, tan solo se permite la designación de un curador adjunto al hijo cuando los padres son privados de la administración de sus bienes o de una parte de ellos.

Igualmente son incompatibles dos guardas generales puesto que no es permitida la designación de curador general a quien ya lo tiene, pero esta prohibición no se extiende a la designación de curador adjunto para aquellos casos en que la ley lo autoriza.

### 3.1. SUJETOS DE LAS GUARDAS

La institución de las guardas presupone la intervención de dos sujetos, uno activo llamado guardador quien toma el nombre de tutor si la guarda se refiere a impúberes, o de curador si la guarda se relaciona con menores adultos o con mayores incapaces. El sujeto pasivo o pupilo que es el incapaz sometido a la guarda.

El sujeto activo en las guardas es el tutor o curador, quien para que se le tenga como tal debe reunir ciertas características o requisitos que lo convierten en sujeto idóneo para desempeñar el cargo a él impuesto.

3.1.1. Debe ser una persona natural. En nuestro derecho no es concebible el ejercicio de la guarda por personas jurídicas aunque no existe precepto alguno que así lo establezca de manera expresa pero -

las normas que reglamentan la institución conllevan a esa conclusión, en la definición de guardas se consideran como cargos impuestos a ciertas personas el cual no puede ser desempeñado por una persona jurídica, la estructura de la guarda legítima descansa en el parentesco y esta relación de familia no es concebible con personas jurídicas, y entre las incapacidades para el ejercicio de la guarda se consideran una serie de dificultades físicas que sólo pueden darse en personas naturales. En legislaciones extranjeras hay casos excepcionales donde pueden nombrarse como guardadores a personas jurídicas, como instituciones que se encargan de la protección del menor, o entidades bancarias, pero bajo modalidades especiales.

3.1.2. Debe ser mayor de edad. El Código Civil disponía que los que no hubieren cumplido veintiún años no podían ser tutores o curadores aún habilitados de edad, en razón del Artículo 1º de la Ley 27 de 1.977 la mayoría de edad quedó establecida a los dieciocho años y desaparición la habilitación de edad; este precepto de la mayoría de edad no admite excepción alguna, si excepcionalmente a un pupilo se le nombra un guardador menor de edad se le nombrará un curador interino hasta cuando el designado llegue a la mayoría de edad.

3.1.3. El sexo es indiferente para la designación del curador. En el sistema del Código Civil en su Artículo 587 consideraba a las mujeres como incapaces para el ejercicio de las guardas, salvo ciertas

excepciones contempladas por la misma ley, pero con la entrada en vigencia de la Ley 75 de 1.968 la situación cambio porque dicha norma en su Artículo 22 dispuso que las mujeres pueden ser tutoras o curadoras en los mismos casos que los hombres.

El sujeto pasivo es el incapaz sometido a la custodia del guardador, se le denomina comúnmente pupilo.

La guarda cobija tanto a los incapaces absolutos como a los relativos, en consecuencia serán sujetos pasivos de la guarda los dementes, los impúberes, los sordomudos que no puedan atender por escrito, los imbéciles, los idiotas, los locos furiosos, los menores adultos, y los pródigos.

El Artículo 431 del Código Civil somete al régimen de la tutela al impúber, esto significa que la edad es el factor determinante para distinguir si a un incapaz debe colocarse bajo tutela o bajo curaduría, obviamente sin perjuicio de patria potestad, y sólo la impubertad es causa de la tutela. Esto no ocurre con la curaduría cuyos motivos originarios son la edad y la interdicción, ésta última puede provenir de la demencia, la imbecilidad, la idiotía, la locura furiosa, o simplemente de la prodigalidad o disipación. En últimas lo que viene a ser determinante de la tutela o de la curaduría es la edad, los impúberes están sujetos a la tutela, mientras que el menor adulto y los mayores de edad incapaces a la curaduría.

## 4. CLASIFICACION DE LAS GUARDAS

Las guardas admiten diversas clasificaciones, esto según el criterio que se adopte, que puede consistir en la edad u otras condiciones del pupilo, en la extensión de las facultades del guardador, en el origen mismo de la guarda, o en su objeto.

### 4.1. TUTELAS Y CURATELAS O CURADURIAS

Nuestro Código distingue entre los conceptos de tutela y curatelas o curadurías, mientras concibe a la tutela como una especie de guarda que sólo puede darse a los impúberes, y considera a la curaduría como la guarda deferida a los menores adultos, a los pródigos puestos en entredicho, a los dementes sometidos a interdicción judicial, a los imbéciles, idiotas, locos furiosos, y a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito.

Las tutelas y curadurías son cargos organizados en interés de las personas, y no los del tutor o curador, atiende a ellos hasta que termina la incapacidad con la mayoría de edad. La tutela se ha establecido en beneficio de los impúberes para procurar, ante todo, su esta-

bilidad económica y social, por este motivo es de tipo general, no admite subclasificación y es un cargo creado con miras al bienestar de la persona del pupilo y a la protección de sus bienes.

La curaduría se estableció en beneficio de los absoluta como de los relativamente incapaces, por lo cual, admite una subclasificación en curadores generales adjuntos, especiales "ad litem" e interinos; las curadurías especiales tienen un fin económico de protección a los bienes del pupilo.

El Código Civil Colombiano mantiene las instituciones de tutela y curadurías, a pesar de no establecer entre una y otra diferencias fundamentales que hagan <sup>X</sup> necesaria su coexistencia que sólo tiene una justificación histórica. Aunque de la comparación de la tutela y la curaduría surgen dos corolarios: los sometidos a tutela deberán actuar en la vida jurídica forzosamente representados por el tutor; por el contrario, los relativamente incapaces sujetos a curaduría podrán celebrar los actos o contratos sean presentados por curador o mediante autorización; además las facultades del tutor son más amplias que las del curador, porque los pupilos que son relativamente incapaces tienen capacidad propia para efectuar ciertos actos que escapan al control del curador; finalmente, al tutor nunca se le puede nombrar a propuesta del pupilo, en cambio el menor adulto según el artículo 526 del Código Civil está facultado para proponer la persona que será su curador.

*se lección  
en el Derecho  
Romano*

#### 4.2. GUARDAS GENERALES, ADJUNTAS, DE BIENES Y ESPECIALES

En cuanto a su extensión las guardas pueden ser generales, adjuntas, de bienes y especiales.

La guarda general se extiende según el artículo 430 del C.C. no sólo a los bienes sino a la persona de los individuos sometidos a ella. La tutela siempre es una guarda de tipo general, mientras que la curaduría puede ser parcial o especial.

En los incapaces absolutos, cualquiera que sea la causa de la incapacidad, la guarda persigue como fin primordial el cuidado de la persona del pupilo, relegando a segundo plano el cuidado de sus bienes; pero ello no quiere decir que el curador no deba emplear toda la diligencia necesaria para mantener íntegro el patrimonio del pupilo.

La guarda especial o parcial solo es relativa a bienes y no comprende a la persona del pupilo.

Como se anotó anteriormente la tutela siempre es una guarda de carácter general no así la curaduría que puede ser general o especial.

La curaduría general se caracteriza porque confiere al guardador simultáneamente la representación del pupilo, la administración de su patrimo

nio y el cuidado de su persona . Estan sujetos a curaduría general los menores adultos , los que por prodigalidad o demencia han sido puestos enentredicho de administrar sus bienes , y los sordomudos que no puedan darse a entender por escrito.

#### 4.3. CURADURIAS ESPECIALES

El Código Civil Colombiano distingue tres especies :

Las curadurías de bienes son de tres especies. Las que se dan para los bienes del ausente , las que se dan a la herencia yacente, y las que se dan para proteger los derechos eventuales del que está por nacer . Su función primordial consiste en precautelar , defender o conservar los bienes que se les han confiado, con facultades administrativas restringidas.

Los curadores adjuntos son los que se dan en ciertos casos a quienes están bajo la patria potestad o bajo tutela o curaduría general , para que ejerzan una administración separada .Se les asigna este nombre porque se supone la existencia de un titular de la patria potestad o de un guardador general . El artículo 48 del decreto 2820 de 1.974 concretó entre sus reformas haber excluido de su aplicabilidad a la mujer casada , y extendió la norma a los dos padres , bajo el nuevo criterio del ejecutivo de la patria potestad conjunta. No sobra repetir que la ley 27 de 1.977 dejó sin efecto la habitación de -  
edad.

## 5. GUARDAS POR SU ORIGEN

Por razón de su origen las guardas pueden ser testamentarias, legítimas y dativas.

} No

### 5.1. GUARDA TESTAMENTARIA

Remonta sus orígenes al derecho romano en la ley de las Doce Tablas ; se instituye por los padres en favor de sus hijos por acto testamentario como derecho consecuencial de la patria potestad. La guarda testamentaria se caracteriza fundamentalmente en el hecho de que debe proveerse mediante acto testamentario sin importar la modalidad que se utilice ; con el ejercicio conjunto de la patria potestad la guarda testamentaria ha perdido importancia , porque en caso de fallecimiento de uno de los padres corresponde al otro el ejercicio de la patria potestad , cuya voluntad póstuma no puede ir en detrimento de los derechos que la ley le concede al sobreviviente. Pero subsiste su importancia para los casos de viudas y padres cuyos hijos son incapaces por razones distintas de la edad , puede designarle al hijo tutor o curador por testamento el padre o madre viuda , o el padre o madre inocentes cuando el ejercicio de la patria potestad le ha sido suspendi-

do al otro, no sólo para los hijos ya nacidos sino para aquellos que se hallan dentro del vientre de la madre y en caso de que nazcan vivos; esta curaduría testamentaria se extiende a los derechos eventuales del que está por nacer mientras permanezcan en el vientre materno, si se produce un nacimiento múltiple la guarda testamentaria subsiste y el guardador designado por testamento lo será de todos.

El padre o la madre perderán el derecho a designar guardador testamentario al hijo cuando alguno de ellos haya sido privado del ejercicio de la patria potestad, o cuando por mala administración se le hubiese removido judicialmente de la guarda de su hijo. Además no es necesario para designar testamentario que el testador sea mayor de edad, el padre o la madre menores de edad puedan proceder a su designación.

La guarda testamentaria reviste dos formas: la de la tutela y la de la curaduría. A tutela testamentaria propiamente tal están sujetos los impúberes, puede designárseles curador testamentario a los menores adultos y a los mayores de edad que se hallen en estado de demencia, locura furiosa, imbecilidad o idiotismo, así como a los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito. Según el artículo 444 del Código Civil el padre o madre legítimo puede nombrar tutor por testamento al "nasciturus" para el caso de que nazca vivo o para la criatura ya nacida; en cuanto al hijo póstumo la tutela y la curaduría testamentaria se hacen casi ineficaces porque fallecido uno de los proge-

tores continúa el otro por ministerio de la ley el ejercicio de la patria potestad. No debe confundirse la designación de tutor para el caso del hijo que está por nacer y la del curador para defensa de sus intereses, mientras que la tutoría supone el nacimiento al cual está condicionado su ejercicio, el segundo es un simple curador de bienes que limitará su gestión a la defensa de los intereses del menor, la cual precluirá con el hecho del nacimiento.

Respecto a la curaduría testamentaria el padre o la madre pueden designar curador testamentario a los hijos menores adultos y a los hijos adultos dementes, idiotas, imbeciles, locos furiosos o sordomudos que no se den a entender por escrito, al que está por nacer para proteger sus derechos eventuales, y por excepción al pródigo, éste último caso en el cual por regla general no se le puede nombrar un curador testamentario pues su incapacidad no es de origen natural sino legal, porque mientras no haya sido puesto en interdicción no puede considerarse como tal. Razón por la cual el artículo 531 del Código Civil le asigna curador legítimo y a falta de éste dativo, siempre y cuando haya sido puesto en entredicho de administrar sus bienes, por lo tanto solo podrá dársele una curaduría testamentaria para el caso en que falleciera el padre o la madre que ejerza la curaduría del hijo disipador. Para que pueda darse curador testamentario al pródigo es menester que haya sido puesto en entredicho y la providencia que lo decreta se halle debidamente ejecutoriada, y que en virtud del decreto de interdicción la guarda se le haya discernido al padre o la madre y éstos -

la hayan ejercido legalmente.

Corresponde la designación de guardadores testamentarios respecto a los hijos legítimos gozan de este derecho el padre y la madre; en caso que sea sólo el padre o sólo la madre quien ejerza la patria potestad será el que pueda designar el curador testamentario porque dicha designación es un derecho derivado de la patria potestad, por lo demás si un juez o magistrado ha decretado la suspensión de la patria potestad ello debe ser efecto de una sentencia, previa comprobación de una de las causales de suspensión que se han establecido en defensa de los intereses del hijo; si el padre o la madre se hace indigno de ejercer la patria potestad lo justo y equitativo es que el inocente sea quien pueda designarle un guardador (tutor o curador) testamentario.

Con respecto a los hijos extramatrimoniales el padre o la madre - naturaleza pueden designar curador testamentario de igual manera a como se faculta a los progenitores legítimos y observando el mismo criterio. Si la madre goza del ejercicio de la patria potestad es a ella a quien corresponde designar el guardador testamentario, pero si el juez le ha conferido la patria potestad al padre en vida de la madre, será áquel el titular del derecho a designar curador testamentario.

También se ha previsto la designación por testamento de varios tutores o guardadores que se sustituyan o se sucedan uno a otro, esta

institución o sucesión luego de establecida para un caso particular - se aplicará a los demás en que faltare el tutor o curador, a menos que manifiestamente aparezca que el testador ha querido limitar la sustitución o sucesión aparezca al caso o casos designados. Así mismo la ley faculta expresamente al testador para que pueda someter la efectividad de la guarda a plazo o condición, tanto en uno u otro supuesto prevé el plazo o la condición suspensivos y el plazo o la condición resolutorios, sería el caso en que el testador aplaza el ejercicio de la guarda al tutor o curador hasta cuando ocurra un hecho futuro o incierto o transcurra un lapso de tiempo, o cuando la extinción del ejercicio de la guarda se somete a un hecho futuro e incierto a un término fijo o determinable: el día es cierto y de terminado si necesariamente ha de llegar y se sabe cuándo, como el día tanto de tal mes, y es cierto e indeterminado como el día de la muerte de una persona. Si el padre o la madre instituye a su hijo - heredero como beneficiario de la cuarta de mejoras o de libre disposición puede designarle un tutor o curador para que administre tales bienes, pero el padre o la madre no pueden designarle curador o tutor testamentario al hijo para que administre los bienes provenientes de la legítima, sobre estos bienes quien sobreviva al otro tiene el usufructo y la administración, el tutor o curador así designado tendrá el carácter de adjunto.

## 5.2. GUARDA LEGITIMA

La ley confiere a ciertas y determinadas personas que tienen vínculos

de matrimonio o de sangre con el pupilo el ejercicio de la guarda legítima cuando falta o expira la testamentaria, cuando no existe designación hecha por el testador o no ha surtido sus efectos - por muerte, incapacidad o excusa del guardador nombrado antes de ejercer el cargo, también tiene cabida cuando expira la testamentaria por el advenimiento de la condición o el cumplimiento del plazo, muerte, incapacidad o excusa de quien ejercía el cargo.

Dos son sus características, una se confiere al cónyuge o parientes del pupilo, y sólo es posible proveerla cuando falta o expira la testamentaria. La guarda legítima es tal por cuanto la ley la confiere a ciertas y determinadas personas que tienen vínculos de matrimonio o de sangre con el pupilo, es parcialmente dativa porque a falta del padre o de la madre le corresponde al juez escoger al guardador dentro de los parientes del pupilo. Puede llegar a ocurrir cuando en vida del padre o en su defecto de la madre es emancipado el menor, por consiguiente cuando termine la patria potestad, tanto respecto del padre como de la madre, se impone la designación de un curador legítimo; se entiende así mismo faltara la guarda testamentaria cuando el tutor o curador designado fallece, cuando se hace incapaz o se excusa antes de haberle sido deferida la guarda.

También tiene cabida la guarda legítima cuando se suspende al padre - el ejercicio de la patria potestad lo cual se entiende sin perjuicio de los derechos que la ley le confiere a la madre legítima; si es el

padre legítimo a quien se le suspende en el ejercicio de la patria potestad le corresponderá su ejercicio a la madre y sólo a falta de ésta también podría intentarse la guarda legítima. Respecto al hijo extramatrimonial ocurre algo semejante aunque invirtiendo el orden la madre goza preferentemente del derecho al ejercicio de la patria potestad cuando no vive con el padre, pero a falta de ésto o en beneficio de los intereses del menor el juez puede concederla al padre ; solo suspendiéndosela a la madre y no hallándose el padre en condición de ejercerla por decisión judicial o por considerarlo el juez - más beneficioso para los intereses del hijo es procedente la provisión - del guardador legítimo.

El artículo 51 del decreto 2820 concede la primera opción para el ejercicio de la guarda legítima al cónyuge que no esté separado de cuerpos ni de bienes o divorciado ; al cónyuge. Aún separado de bienes por mutuo consentimiento, en segundo lugar son llamados a la guarda legítima en un plano de igualdad los padres prefiriéndose al que reúna mejores condiciones morales, intelectuales, físicas y sociales para ejercerla, a falta de los padres son llamados los abuelos legítimos quedando excluidos los naturales ; se llama a la guarda de sus padres a los hijos matrimoniales o extramatrimoniales, respecto a los hijos extramatrimoniales puede ser contraproducente cuando las relaciones con el padre o la madre o con sus demás familiares no fueren normales, pues ello sería motivo de continuas diferencias y litigios: en cuarto y último lugar se llama a la guarda legítima a los hermanos del pupilo, y subsiguientes a los tíos.

Para el legislador fué más importante el vínculo de parentesco que el simplemente económico como criterio para escoger al guardador legítimo; y en cuanto a la designación de la persona corresponde al juez discernirla oídos los parientes del pupilo; cuando el juez deba proveer la guarda legítima del menor soltero prescindiendo del padre y de la madre por haber fallecido o no ser aptos moral o físicamente para el desempeño del cargo, la escogencia la hará entre los ascendientes de uno y otro sexo, o en su defecto entre los colaterales, y deberá recaer en la persona más apta y que ofrezca mejores seguridades para los intereses del pupilo, pero podrá también si lo estima conveniente elegir más de un guardador y dividir entre ellos sus funciones.

### 5.3. TUTELA O GUARDA DATIVA

La tutela o guarda dativa es la que confiere el juez a falta de la guarda testamentaria y de la guarda legítima, deriva su nombre de dativa porque el juez la da con entera libertad pero teniendo en mente la defensa de los intereses del menor; proviene de la falta de testamentaria y de la no existencia del cónyuge o de los demás parientes señalados para el ejercicio de la guarda legítima, falta que puede ser por ser incapaces o que carecen de tales parientes o que éstos se han excusado para el ejercicio de la guarda o que simplemente han sido removidos. En consecuencia el juez ante quien se intenta la designación de un tutor o curador dativo tendrá que dar

curso de la acción, pero cualquier interesado en impugnarla deberá demostrar la existencia del guardador testamentario o de parientes que hagan imposible, por lo menor en principio, la guarda dativa.

En todo caso el juez deberá oír a los parientes del pupilo para escoger al tutor o curador dativo, y según las circunstancias y su complejidad pueda nombrados o más guardadores al pupilo para dividir entre ellos sus funciones teniendo en cuenta lo que mejor convenga para la seguridad e intereses del pupilo; aunque el guardador dativo es designado por el juez se impone en todo caso el discernimiento para que pueda entrar en el ejercicio del cargo después de haber sido nombrado y posesionado.

Según el artículo 220 del Código del Menor corresponde al defensor de familia promover los procesos judiciales encaminados a la provisión de la guarda general del menor que carezca de representante legal, lo cual no obsta para que los parientes del menor promuevan el respectivo proceso de guarda.

## 6.. EJERCICIO DE LAS GUARDAS Y GESTION DE LOS GUARDADORES

No le es dable al guardador entrar en el ejercicio de la tutela o curaduría a que se le llama si no cumple previamente determinadas diligencias; dichas diligencias que deben preceder al ejercicio de las guardas son la prestación de una caución, discernimiento del cargo, y confección del inventario.

### 6.1. PRESTACION DE FIANZA O CAUCION

Según el artículo 464 del Código Civil para discernir la tutela o la curaduría a un guardador es necesario que preceda el otorgamiento de la fianza o caución, con ello se persigue ante todo la garantía de los intereses del pupilo, pues de lo contrario éstos pueden perjudicarse o perderse.

La fianza o caución prestada por el guardador debe ser calificada por el juez quien sólo podrá discernirle el cargo una vez que haya sido aprobada. En cuanto a la anturaleza de la garantía no existe dificultad pues puede ser una hipoteca, una prenda o una simple fianza y las pólizas de manejo expedidas por compañías de seguros -

podrían ser suficientes garantía, que puede ser abierta o corriente, pero el juez debe tener especial cuidado en que el monto y la naturaleza de la caución guarde relación con el valor de los bienes del pupilo y representen una efectiva garantía.

La exigencia de la caución como requisito para entrar en el ejercicio de la guarda es norma de carácter general aunque no de aplicación absoluta, el mismo legislador relaciona los casos de excepción reduciéndolos al cónyuge, a los ascendientes y descendientes legítimos, a los guardadores interinos y a los guardadores especiales; con respecto del cónyuge se ha considerado que tiene un interés personal en la conservación de los bienes de su cónyuge incapaz por lo cual sería inocuo y contraproducente exigirle la caución, los parientes por su valor de afección con el pupilo inspiran la confianza suficiente en su gestión, los interinos lo hacen con el fin de facilitar el discernimiento y no entorpecer la administración de los bienes del pupilo siempre y cuando se trate de una interinidad de corta duración, y en cuanto a la exención en favor del guardador especial sin administración de bienes se comprende que al no administrar bienes no puede ser deudor del incapaz, tampoco habrá lugar a caución cuando el pupilo tuviere pocos bienes y el tutor o curador fuese persona de conocida probidad y de bastantes facultades para responder por ellos. En cuanto a las calidades de probidad y facultades para responder por los bienes que exige la ley parece mucho más difícil su comprobación, para demostrarla el juez debe atender

dos cosas bien distintas: la condición moral y la situación económica del guardador, todo esto relacionado desde luego con el escaso valor de los bienes del pupilo, pero en la prueba de ambos requisitos tendrá que guardar una extrema prudencia pues si son bienes de escaso valor con mayor razón deben ser cuidados con especial celo y cuidado.

## 6.2. EL DISCERNIMIENTO DEL CARGO

Por el discernimiento el juez valiéndose de un decreto autoriza al tutor o curador para ejercer su cargo, presupone la designación de éste por el testamento, por la ley, o simplemente por el juez. El discernimiento es común a todas las guardas, mientras que el juez no autorice al tutor o curador éste no se hallará en el ejercicio regular del cargo y los actos que llegue a ejecutar serán nulos, o sea, sólo adquiere la calidad de representante legal precisamente por el discernimiento y desde la fecha en que decretado por el juez quede en firme la respectiva providencia, la cual se abstendrá de dictar - mientras el guardador no haya prestado caución suficiente. La falta de discernimiento ocasiona que los actos celebrados por el tutor o curador sean nulos, pero obtenido el decreto quedarán validados los actos anteriores a éste.

El discernimiento obedece a un doble fin, le da oportunidad al juez - para que se cerciore de la capacidad de la persona del guardador -

designado, y se obtiene una fecha cierta y determinada para efectos del ejercicio de la representación legal por el tutor o curador; el discernimiento es la causa jurídica determinante que le permite al guardador ejecutar actos jurídicos a nombre y en representación de su pupilo. El único de los requisitos previos al ejercicio de la guarda cuya omisión anula los actos del guardador es el discernimiento, la omisión de la fianza o la falta de confección del inventario no invalidan las actuaciones del guardador, pero lo acarrearán responsabilidad y pago consiguiente de los perjuicios patrimoniales que pueda sufrir el pupilo.

### 6.3. CONFECCION DE UN INVENTARIO

Todo guardador está obligado a confeccionar inventario de los bienes del pupilo el testador no puede eximir al tutor o curador de la obligación de hacer inventario, que debe confeccionarse ante notario.

Incluirá todos los bienes raíces y muebles de la persona cuya hacienda se inventaría, y hacer todas las explicaciones para poner a cubierto la responsabilidad del guardador; si hay cambio de guardador se confeccionará un nuevo inventario que se recibe con fundamento en el anterior y se someterá a los mismos requisitos que el primero. El guardador dispone de noventa días subsiguientes al discernimiento para la confección del inventario y no puede iniciar la ges-

ción administrativa hasta terminado al inventario .

En cuanto a la gestión de los guardadores , por su complejidad , reviste los siguientes aspectos : la representación de la persona del pupilo , la administración relativa a sus bienes.. la responsabilidad derivada de la gestión y la rendición de cuentas por parte del guardador .

#### 6 . 4 . REPRESENTACION DE LA PERSONA DEL PUPILO

En las guardas son los tutores y los curadores a quienes la ley - ha encomendado la representación de sus pupilos , particularmente en negocios de tipo patrimonial ; le toca representar o autorizar al pupilo en todos los actos judiciales y extrajudiciales que le conciernan y puedan menoscabar sus derechos e imponerle obligaciones . El tutor no puede autorizar a su pupilo para que realice ciertos actos de tipo judicial , por cuanto se trata de un impúber cuyos actos no producen obligación alguna.. y atentan contra el orden público mal - puede el tutor autorizarlos. Lo propio ocurre al curador con respecto a pupilos absolutamente incapaces , a quienes no puede permitirles la celebración de actos jurídicos , ni puede autorizar al pupilo para la celebración de actos judiciales ; el juez debe designar le curador "ad litem" al incapaz que pretenda demandar a su representante legal o que sea demandado por éste , o confirmará el designado por el relativamente incapaz si fuera idóneo . La representa

ción extrajudicial se refiere a los actos y a los contratos que - sea necesario celebrar para conservar el patrimonio del pupilo, pero aquel absolutamente incapaz no podrá ser autorizado ni sus actos ratificados pues sus actos no producen ni obligaciones naturales. Las funciones del guardador no van tan allá de representar al pupilo en actos o contratos que comprometan lo que sería el peculio profesional, sobre los bienes que adquiere el pupilo en ejercicio de una profesión u oficio puede celebrarse los actos y contratos que a bien tenga, salvo que se refiera a enajenación o gravámenes de bienes raíces.

#### 6.5. ADMINISTRACION DE LOS BIENES

El tutor o curador administra los bienes del pupilo y es obligado a la conservación de ellos, a su reparación y cultivo, su responsabilidad se extiende hasta la culpa leve inclusive.

La administración comprende todos los actos que puedan afectar al patrimonio pero el tutor o curador no goza de una libertad absoluta por cuanto no puede disponer de esos bienes de la misma manera que si se tratara de su propio patrimonio; existe un régimen especial que les prohíbe a los guardadores la celebración de muchos actos y les impone el cumplimiento de determinados requisitos y formalidades en la concertación de otros, la disposición con las limitaciones legales hace parte de la administración en busca de explotar los bienes, hacerlos producir con el fin de que estos

productos y frutos redunden en beneficio de la estabilidad personal y económica del pupilo.

Dentro de la gestión de los guardadores hay actos que el guardador puede ejecutar libremente, actos indispensables para conservar y mantener íntegro el patrimonio de su pupilo, para lo cual corresponderá actuar como un buen padre de familia, ya que responde de la culpa leve los más trascendentales son la conservación, reparación y cultivo de los bienes; está obligado al empleo de los capitales ociosos a fin de obtener un mayor producto de ellos, y celebrar contratos de arrendamiento por corto tiempo que actualmente en zona rural no pueden exceder de cinco años y en zona urbana de un año o dos, máximo.

Los actos que el guardador no puede ejecutar sino con autorización judicial son la enajenación de bienes raíces, la partición de bienes raíces hereditarios, la enajenación de derechos hereditarios, el empeño de bienes muebles preciosos o que tengan valor de afección, el gravamen de bienes inmuebles, la constitución de servidumbres, la repudiación de donaciones, la repudiación de herencia, transacciones y compromisos en litigios o diferencias, las donaciones, las donaciones en dinero y otros bienes muebles, el arrendamiento por largo tiempo, y los actos en que el tutor o curador directa o indirectamente tenga interés.

A los guardadores les está expresamente prohibidos la donación de

bienes raíces del pupilo , la remisión gratuita de un derecho - que implica la condición de una deuda u obligación , el aceptar - que el pupilo sea fiador , o servir de fiador , comprar y arren- dar bienes raíces del pupilo por parte del guardador, prohibición - que se extiende al cónyuge , ascendiente , descendiente , padres adop- tantes , hijos adoptados del guardador.

Dentro de los actos de administración el curador o tutor está obliga- do al empleo del dinero ocioso , el cobro de lo que se le deba al pupilo , e interrumpir las prescripciones que puedan correr contra el pupilo , a favor de éste se desprende la prescripción ordinario a fa- vor de los menores , dementes , sordomudos y todos los que estén ba- jo curatela.

## 6.6 . RESPONSABILIDAD DE LOS GUARDADORES

La responsabilidad de los guardadores se extiende hasta la culpa - leve , por tener el carácter de administrador de bienes ajenos el tutor o curador además de obrar de buena fe , exigencia para toda - persona responsable de la culpa leve debe emplear la debida dili - gencia y cuidado que los hombres prudentes empeñan en sus negocios, vale decir , la diligencia y cuidado con que obra todo buen padre de familia; y por culpa se entiende una abstención , un error de con - ducta , actitud negativa cuando se ejecutan ciertos actos con conduc- ta derivada por torpeza , o por ignorancia , por imprevisión o por mo- tivo semejante.

El guardador es responsable en su gestión por dolo o culpa grave y por culpa leve.

El acto doloso ejecutado por el guardador y con relación a los bienes del pupilo origina su remoción así como a la indemnización de perjuicios: para exigir que el pupilo pueda reclamar el pago de perjuicio deberá probar el acto delictuoso o culposo, el daño causado y la relación de causalidad entre el hecho delictuoso y el daño, la prueba de la diligencia y cuidado le incumbe alegarla y probarla a quien ha debido emplearla, es decir, al guardador demandado; y cuando el curador o tutor sea condenado al pago de perjuicios éstos corresponderán tanto al lucro cesante como al daño emergente.

En cuanto a la responsabilidad del guardador por hechos del pupilo se presentan diferentes situaciones, una cuando el guardador es quien actúa a nombre de su pupilo a éste con autorización de aquel es indudable que la responsabilidad del tutor o curador es de relativa y fácil determinación ante el derecho. Otra situación es cuando el pupilo actúa por sí mismo y esa actuación causa perjuicio a terceros, en tal caso habrá que deslindar hasta dónde el perjuicio redunde sobre el patrimonio del pupilo o sobre el del guardador: el guardador será primeramente responsable por el hecho del pupilo, pero no responderá el curador si prueba o aparece que el pupilo se comportó de un modo impropio, no previsible por el guardador, no obstante haber empleado el cuidado ordinario y la autoridad competente, en tal caso el valor del perjuicio recae sobre el patrimonio del pupilo.

## 6.7. TENEDURIA Y RENDICION DE CUENTAS

La obligación impuesta a los guardadores de teneduría y rendición de cuentas contempla al llevar cuenta fiel, exacta y si fuera documentada de todos los actos administrativos día por día, exhibir esta cuenta tan pronto como termina su administración sea al nuevo guardador que lo sustituye, a los herederos del pupilo si éste es rehabilitado o por llegar a la mayoría de edad; y restituir los bienes a quien por derecho corresponda y pagar el saldo que resulte en su contra.

## CONCLUSIONES

A través del desarrollo del trabajo de investigación los autores con la utilización de las diferentes técnicas de recopilación de datos , han solucionado el problema planteado y probado las tesis , llegando a las siguientes conclusiones :

El régimen de guardas en el Derecho Civil Colombiano es riguroso donde el tutor o curador tienen un amplio poder controlado por la ley, razón que le impide convertirse en un dictador.

Aunque la tutela y la curaduría conllevan en su ejercicio muchos vacíos , son dos instituciones eficaces para la protección de la persona y los bienes de los incapaces , en procura de la defensa y cuidado de sus intereses.

## BIBLIOGRAFIA

- CODIGO CIVIL Y LEGISLACION COMPLEMENTARIA. Legis Editores S.A. 1a. Edición. Bogotá-Colombia, 1.986.
- DECRETO 2737 DE 1.989 . Código del Menor. Cuadernos de Legislación. Editorial TEMIS S.A. Bogotá - Colombia.,1.990.
- GRAN ENCICLOPEDIA DEL MUNDO. Tomo VII . Ediciones Durvan .S.A. Bilbao - España . 1.987.
- SUAREZ FRANCO, Roberto . Derecho de Familia. Santa fé de Bogotá- Colombia, 1.992.
- VALENCIA ZEA., Arturo. Derecho Civil . Tomo I . Parte General y Personas . Editorial Temis Librería. Bogotá-Colombia, 1.989.
- VALENCIA ZEA, Arturo . Derecho Civil . Tomo VI. Derecho de Familia. Editorial Temis S.A. Bogotá-Colombia, 1.976